

A VENDA A RETRO COMO INSTRUMENTO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO GARANTIDO. DO DIREITO CIVIL AO DIREITO BANCÁRIO

L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (*)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Definição; 3. Aspectos centrais de regime; 4. Objecto do contrato; 5. As funções desempenhadas pelo contrato. Em particular a de crédito e garantia; 6. Distinção de figuras próximas; 6.1. A venda com pacto de retrovenda; 6.2. O reporte; 6.3. A locação financeira restitutiva (*sale and lease back*); 6.4. A alienação fiduciária em garantia; 7. Caracterização; 7.1. A venda a retro como negócio em que se recorre à titularidade de um direito com função de garantia; 7.2. A venda a retro como um negócio indirecto; 7.3. A venda a retro como negócio fiduciário?; 8. O não exercício pelo vendedor/“creditado/garante” do direito de resolução dentro do prazo; 9. A insolvência; 9.1. A declaração de insolvência do comprador (“creditante/garantido”); 9.2. A declaração da insolvência do vendedor (“creditado/garante”); 10. Nota conclusiva.

1. INTRODUÇÃO

I. Um aspecto pouco referido aquando das análises do Código Civil de 1966 é o da sua abertura, em face do que sucedia no Código de Seabra, e mesmo de alguns Códigos estrangeiros mais próximos, no que toca o recurso ao direito de propriedade, ou mesmo de um outro direito, com função de garantia do crédito.

A figura paradigmática a este respeito é a da reserva de propriedade que, apesar de admitida já em termos gerais pela doutrina e jurisprudência anteriores ⁽¹⁾, veio a ser consagrada pelo legislador civil (embora se trate

(*) Professor Auxiliar da Faculdade de Economia e da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

(1) Cfr. LUÍS CUNHA GONÇALVES, *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 348.

de uma figura que tem o seu particular relevo no âmbito comercial) em termos de uma grande generosidade (art. 409.º do Código Civil).

Efectivamente, ela não foi a limitada aos móveis, nem a acantonada à compra e venda em que o evento condicionante da transferência da propriedade fosse o preço (embora, socialmente, seja sem dúvida o caso onde adquire a sua principal relevância). Este pode, na verdade, ser também “qualquer outro evento” (art. 409.º do Código Civil) e a lei não se refere sequer especificamente à compra e venda (podendo, assim, a reserva de propriedade ser introduzida noutra figura, como, p. ex., a troca).

Por isso, face à referida amplitude, não vemos dificuldade na modelação de forma válida e eficaz face ao direito nacional de figuras como a reserva de propriedade prolongada ou a reserva de propriedade alargada, características da prática comercial alemã (respectivamente, a *verlängerter* e a *erweiterter Eigentumsvorbehalt*) (2).

Mas não foi só o recurso — e mais uma vez sublinhamos: com a amplitude com que se fez — da reserva de propriedade que permite afirmar (embora não fosse já nada pouco) esta abertura (que já vinha de trás, com o reporte do Código Comercial (3), e viria, cerca de 13 anos depois, a ser confirmada com a tipificação da locação financeira, de forma quase pioneira no âmbito europeu), mas igualmente a consagração da locação venda (art. 936.º, n.º 2, do Código Civil (4)) e, com algumas cautelas e limitações, da venda a retro.

II. Com efeito, esta última figura, vedada pelo Código anterior, pode desempenhar — é mesmo o seu destino natural —, só, ou no seio de uma operação negocial mais vasta que envolva a celebração de outro contrato, uma função de crédito garantido pela titularidade do direito de propriedade (ou de outra natureza) na esfera do credor, ou seja, do comprador a retro.

Função que o regime legal próprio não impede, nem restringe em tais

(2) Ver sobre estas: KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil*, 13.ª ed., C. H. Beck, Munique, 1986, § 43 II, pp. 123, ss., p. 126; ROLF SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Neue Rechtsentwicklungen*, 2.ª ed., Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1993, § 3 I, pp. 75, ss., § 4 II 1, pp. 105, ss.; PETER GOTTWALD, *Mobiliarsicherheiten in der Insolvenz*, in *Insolvenzrechts-Handbuch* (Herausgegeben von Peter Gottwald), 2.ª ed., C. H. Beck, Munique, 2001, § 43, p. 618.

(3) Pesem embora as limitações decorrentes do objecto deste.

(4) Os artigos doravante citados sem outra indicação pertencem ao Código Civil.

termos que a torne imprestável para esse efeito, se for convencionalmente afeiçãoada, dentro dessas balizas. E que outras disposições, em particular aquela da proibição do pacto comissório aplicada por analogia, não levantarão, igualmente, pelo menos em regra, pelas razões que se verá, igualmente obstáculos.

É este aspecto que procuraremos demonstrar neste estudo, através da correcta determinação inicial dos pontos centrais do seu regime legal, numa primeira fase, e das adaptações convencionais que lhe podem vir a ser juntas na conformação geral da sua disciplina, à luz dos interesses visados pelas partes. Visto este ponto será mais fácil determinar os traços característicos deste contrato, no sentido de o reconduzir a categorias negociais mais amplas, o que é da maior relevância para, em termos valorativamente adequados, irmos desenvolvendo, afinando, a sua disciplina.

Num segundo momento, estaremos em posição de, à luz de todos estes elementos, tratarmos algumas das questões mais importantes deste contrato: a proibição do pacto comissório, o que se prende, desde logo — mas não só —, com o não exercício do direito de resolução pelo vendedor/“creditado/garante”, dentro do prazo fixado e, por fim, o seu regime naquele que é o teste último e decisivo de qualquer garantia: a declaração de insolvência.

III. Veremos, pois, no fim deste percurso que a venda a retro, antigo instituto do direito civil, pode — ou melhor, tem uma flexibilidade que lhe permite — desempenhar um papel do maior relevo na concessão de crédito garantido, como, aliás, veio a suceder em França, desde meados dos anos oitenta do século passado ⁽⁵⁾.

Nessa medida, embora regulada no âmbito do direito civil, o seu campo natural de aplicação (como acontece com muitas outras figuras que estão previstas e reguladas neste ramo do direito) será no domínio comercial e, em particular, como instrumento de concessão de crédito (garantido), no âmbito bancário.

Este contrato, negocialmente modelado (ou talvez melhor: adaptado, dentro dos limites impostos pelo seu regime legal), será, desta forma, como se verá, essencialmente uma figura do direito bancário.

(5) Cfr. ANNICK PERROT, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, RTDCom., 1993, pp. 4, ss., pp. 40, ss.; JÉRÔME HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2.^a ed., in *Traité de droit civil* (sous la direction de Jacques Ghestin), LGDJ, Paris, 2001, p. 408.

2. DEFINIÇÃO

Na definição legal, a venda a retro consiste, na “venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato” (art. 927.º). O elemento distintivo desta modalidade de venda consiste na atribuição ao vendedor do direito de discricionariamente, dentro do condicionalismo fixado pela lei, por negócio jurídico unilateral, extinguir o contrato, resolvendo-o, e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa (ou outro direito, como se verá) vendida nestes termos ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Quanto à venda a retro, entre nós, ver: RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, ROA, 1980, pp. 643, ss.; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis (Projecto completo de um título do futuro Código Civil português e exposição de motivos)*, BMJ n.º 83, 1959, pp. 134, ss.; PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 222, ss.; JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, BFDUC, suplemento XXII, Coimbra, 1975, pp. 317-318; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 82, ss.; IDEM, *Da cessação do contrato*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 281, ss.; PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias do cumprimento*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 194 ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79, ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Contrato de compra e venda. Introdução, efeitos essenciais e modalidades*, in *Direito das obrigações*, 3.º vol. (Lições coordenadas pelo Prof. Doutor A. MENEZES CORDEIRO), AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 39, ss.; MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do contrato de compra e venda, no direito civil, comercial e fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, pp. 203, ss.

Em Itália (arts. 1500.º-1509.º do *Codice Civile*), cuja doutrina quanto a este ponto é particularmente importante porque o nosso legislador de 1966 se inspirou aqui fortemente na disciplina do *Codice Civile* quanto ao *patto di riscatto*, ver: DOMENICO BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, *obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, 5.ª ed., UTET, Turim, 1958, pp. 305, ss.; DOMENICO RUBINO, *La compravendita*, 2.ª ed., in *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu e Francesco Messineo, vol. XXIII, Giuffrè, Milão, 1971, pp. 1024, ss.; ANGELO C. PELOSI, *Vendita com patto di riscatto*, ED, XLVI, pp. 517, ss.; MASSIMO BIANCA, *Vendita (diritto vigente)*, NovissDI, vol. XX, pp. 621, ss.; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 40.ª ed., Cedam, Pádua, 2001, pp. 779, ss.; FRANCESCO MACARIO, *Vendita I*, EGT, pp. 34, ss.; DOMENICO BARBERO/ANTONIO LISERRE/GIORGIO FLORIDA, *Il sistema del diritto privato*, 3.ª ed., UTET, Turim, 2001, pp. 718, ss.

Em França (*vente à réméré*): FRANÇOIS COLLART DUTILLEUL/PHILIPPE DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 6.ª ed., Dalloz, Paris, 2002, pp. 162-163; JEAN-BAPTISTE SEUBE, *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 224-225; J. HUET, *Les principaux contrats*

Não é necessária a celebração de um novo contrato para se operar a retransmissão do direito. Basta o exercício, de acordo com as exigências legais, em particular de prazo e forma, do direito potestativo extintivo de resolução.

spéciaux, cit., pp. 406, ss.; A. PERROT, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, cit., pp. 1, ss.

Em Espanha (*retracto convencional* — arts. 1507.º-1520.º do Código Civil): LUIS DíEZ PICAZO/ANTONIO GULLÓN, *Instituciones de derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 629, ss.; BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998, pp. 147, ss.; MARIA DEL CARMEN PÉREZ CONESA, *Comentarios al Código civil* (coord. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Arazandi, 2001, arts. 1507.º, e segs., pp. 1757, ss.; XAVIER O'CALLAGHAN, *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, 4.ª ed., La ley, Madrid, 2004, pp. 1527, ss. (o comentário dos arts. 1057.º e segs. é de ROSA MEDINA SANCHEZ). Esta última Autora entende que não existe verdadeiramente uma resolução de uma compra e venda anterior, mas antes a celebração de uma nova compra e venda (p. 1528); reconhece, no entanto, que a concepção da venda sob condição resolutiva parece ter estado na base do regime espanhol (p. 1543). Repare-se que, segundo apontam L. DíEZ PICAZO/A. GULLÓN (*ob. cit.*, p. 621), esta última é a concepção jurisprudencial.

A venda a retro ou *vente avec la faculté de rachat* (*sale with right of redemption*) está também prevista no novo Código Civil do Quebec (arts. 1750.º-1756.º).

(7) Figura próxima do direito alemão é a *Wiederkauf* (§§ 456-462 BGB). O vendedor pode reservar-se (*vorbehalt*), o direito (a exercer durante um determinado período de tempo — § 462 BGB) à celebração de um contrato de sentido inverso com o comprador: a recompra do bem vendido. Esse outro contrato (embora de sentido inverso, como se disse, para repor as posições iniciais), que está unicamente dependente da declaração do vendedor (*Widerkaufserklärung*) nos termos legais, pode não ter um conteúdo idêntico ao contrato inicial no que toca ao preço. Com efeito, este, na falta de outra indicação, é aquele da venda [§ 456 (2) BGB]. Mas pode ser diverso. Pode estipular-se como preço da recompra o valor de avaliação do bem (*Schätzungswert* — § 460 BGB) na data da recompra. Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil*, cit., § 44 II, pp. 146, ss.; BARBARA GRUNEWALD/*Erman Bürgerliches Gesetzbuch* (Herausgegeben von Harm Peter Westermann), 10.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2000, § 496, pp. 1246, ss.; STAUDINGER/PETER MADER, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schulverhältnisse §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht)*, Sellier — de Gruyter, Berlim, 2004, pp. 523, ss.; DIETER MEDICUS, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, 12.ª ed., C. H. Beck, Munique, 2004, § 83, pp. 80-81; HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, *Besonderes Schuldrecht*, 29.ª, C. H. Beck, Munique, 2004, § 7, pp. 106, ss.

É ainda admitido, embora sem consagração legal, o *Wiederverkaufsrecht*, em que é o comprador que tem direito à revenda. Cfr. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil*, cit., § 44 III, p. 150; STAUDINGER/P. MADER, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schulverhältnisse §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht) Vorbem. zu §§ 456 ff*, cit., pp. 529, ss.

3. ASPECTOS CENTRAIS DE REGIME

I. Na medida em que é atribuído ao vendedor o direito de, por um acto exclusivo de vontade sua, extinguir o contrato de compra e venda ⁽⁸⁾, ⁽⁹⁾ a lei sujeita o exercício desse direito a condicionalismos apertados, em particular quanto ao prazo e forma.

II. Com efeito, a resolução só pode ser exercida dentro dos prazos máximos de dois anos, se se tratar de um bem móvel, ou de cinco anos, na eventualidade de ser um bem imóvel (n.º 1 do art. 929.º). Os prazos podem ser reduzidos convencionalmente, mas não alargados, nem prorrogados para além dos referidos limites de dois e cinco anos.

Se as partes assim o fizerem, estabelecendo prazos mais longos, ou prorrogando o contrato para além desses prazos, a lei impõe como consequência uma redução aos limites legais (n.º 2 do art. 929.º). A solução compreende-se. O poder atribuído ao vendedor de extinguir o contrato leva a uma situação de insegurança que não se poderá prolongar indefinidamente no tempo, além do que a sua eficácia face a terceiros prejudicaria a livre circulação dos bens ⁽¹⁰⁾.

III. No que diz respeito à forma, a lei impõe o exercício do direito através de notificação judicial ao comprador. A resolução terá que ser

(8) Quanto à natureza jurídica da venda a retro, entre nós, sustentando tratar-se de uma venda com faculdade de resolução atribuída ao vendedor: RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., pp. 646, ss., p. 647; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, cit., p. 83.

Entendendo que se trata de uma condição resolutiva a exercer “pelo vendedor de modo potestativo”, P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, cit., p. 84.

Inclinando-se no sentido da condição, “de natureza mista”, J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, cit., pp. 317-318.

(9) Essa estipulação vem, nas palavras de FRANCISCO BRITO PEREIRA COELHO (*Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 437), “manipular”, ou mesmo, na perspectiva do Autor, “anular”, os “efeitos normais desse tipo contratual”.

Numa linha semelhante, falando numa “típica modificação do esquema normal da venda”, D. BARBERO/A. LISERRE/G. FLORIDA, *Il sistema del diritto privato*, cit., p. 718.

(10) Quanto a este último ponto, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, cit., p. 224.

reduzida a escritura pública, no caso de se tratar de imóveis, nos quinze dias imediatos (à notificação), sob pena de caducidade do direito (art. 930.º).

Contudo, não tendo as partes convencionado algo de diverso no contrato, a resolução não produz efeitos, se, dentro do prazo de quinze dias seguintes a essa declaração, o comprador não fizer “oferta real” ao vendedor das “despesas líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias” ⁽¹¹⁾ (art. 931.º).

IV. Por outro lado, embora a resolução não afecte, em regra, os direitos adquiridos por terceiro (n.º 1 do art. 435.º), sempre que a venda a retro tiver por objecto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo e a cláusula a retro tiver sido registada, ela é oponível a terceiros (art. 932.º). Isso significa que, mesmo que o comprador a retro transfira a coisa a outrem antes da resolução por parte do vendedor, se este exercer esse direito, a coisa retransmite-se a este último, em prejuízo do direito do terceiro subadquirente.

Na eventualidade de se tratar de uma coisa móvel não sujeita a registo, ou móvel sujeita a registo (ou imóvel) quando a cláusula a retro não tiver sido registada, o exercício do direito de resolução não prejudica já os direitos adquiridos nesse período de tempo (que medeia entre a celebração do contrato e a sua cessação) por terceiro.

V. O exercício do direito de resolução pelo vendedor desencadeia a aplicação do regime previsto nos arts. 432.º e segs., embora com algumas particularidades que importa sublinhar.

A resolução, como se sabe, é equiparada quanto aos seus efeitos à nulidade e à anulabilidade do negócio jurídico (art. 433.º), o que significa que a propriedade se retransmite, o comprador fica obrigado a entregar a coisa e o vendedor fica obrigado a pagar o preço (art. 289.º).

Todavia, é opinião generalizada na doutrina que os frutos produzidos pela coisa, bem como os juros do preço pago pelo comprador, não têm que ser restituídos, podendo cada um dos contraentes retê-los ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ Ver sobre este ponto: RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil*. O preço, venda a retro, cit., p. 656; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1053.

⁽¹²⁾ Cfr. A. C. PELOSI, *Vendita com patto di riscatto*, cit., pp. 519-520; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 1055-1056; RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil*. O preço, venda a retro, cit., pp. 656-657; I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*,

Este aspecto, aparentemente, não se harmoniza com os efeitos retro-activos da resolução do contrato de venda ⁽¹³⁾. Contudo, é reconhecido que a solução é equitativa e economicamente haveria uma compensação das vantagens auferidas pelas partes ⁽¹⁴⁾.

O que cremos correcto, até porque “não estará normalmente no espírito dos contratantes a devolução do rendimento produzido *medio tempore* pelo objecto vendido e do juro do preço” ⁽¹⁵⁾.

Parece-nos que este resultado poderá ser justificado por diferentes vias, que conduzam a um afastamento, ou pelo menos restrição, dos efeitos retroactivos da resolução.

Em primeiro lugar, poderá defender-se, como sustenta Brandão Proença ⁽¹⁶⁾, que em resultado do art. 289.º, n.º 3 (aplicável por força do art. 433.º), que remete para o disposto nos arts. 1269.º e segs., se aplica aqui o art. 1270.º, n.º 1. Esta disposição tutela o possuidor de boa fé quanto à restituição dos frutos (uma vez que este os pode fazer seus até ao dia “... em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem ...”).

Nesta perspectiva, na resolução convencional as partes deverão ser “consideradas como possuidores de boa fé até ao momento em que a resolução venha a ser declarada ...” e, na resolução legal, “... o respectivo titular só deverá ser considerado possuidor de má fé a partir do momento em que resolva o contrato (ou conheça a causa resolutiva) ...”, e o outro contraente como tal deverá ser considerado “... até à “turbação” ou mesmo até (embora duvidosamente) à declaração (ou à citação para a acção) de resolução” ⁽¹⁷⁾.

Mesmo não se aceitando esta posição, ou se for insuficiente, haverá aqui outros caminhos que permitem chegar ao mesmo resultado.

cit., pp. 135; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, cit., p. 81.

⁽¹³⁾ Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1055 (“Ciò, dal punto di vista formale è una anomalia rispetto ai principi della risoluzione, e comunque dello scioglimento retroattivo del rapporto.”); RAÚL VENTURA, *ob. ult. cit.*, p. 657 (sublinhando, em todo o caso, que é doutrina é “pacífica” quanto este ponto).

⁽¹⁴⁾ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1056; RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., p. 657.

⁽¹⁵⁾ I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., pp. 135.

⁽¹⁶⁾ J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, cit., pp. 408, ss.

⁽¹⁷⁾ J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, cit., pp. 410-411.

Por um lado sustentar ⁽¹⁸⁾ que a retroactividade total, neste contrato, contraria a vontade das partes, o que, face à disciplina da resolução que veio a ser consagrada, encontra apoio no art. 434.º, n.º 1. Poderia mesmo chegar-se a esse resultado por via da integração, sempre que não haja manifestação de vontade das partes e se possa concluir pela existência de uma lacuna ⁽¹⁹⁾.

Por outro lado, será ainda de ponderar se a resolução com efeitos retroactivos totais não contraria o finalidade da resolução (art. 434.º, n.º 1, *in fine*), atendendo à particular configuração deste contrato ⁽²⁰⁾. Sendo esta a “reintegração do ‘status quo ante’” ⁽²¹⁾, o “‘regresso’ (não necessariamente retroactivo) ao estado económico-jurídico anterior à frustração ou à alteração contratual e numa base, tanto quanto possível, igualitária entre ambas as partes” ⁽²²⁾, neste caso esse resultado seria atingido, não por uma retroactividade total, mas por uma retroactividade que não atingisse, justamente, os benefícios económicos retirados por ambas as partes, quer do bem vendido, quer da quantia pecuniária durante o período de vigência do contrato ⁽²³⁾.

VI. Como se referiu, a venda retro não era admitida no Código de Seabra, por se entender que conduzia à usura. Por essa razão, o regime fixado pelo legislador de 1966, tendo esse pano de fundo, procura tanto quanto possível evitar que tal possa vir a suceder.

⁽¹⁸⁾ Como sugeria I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., p. 135.

⁽¹⁹⁾ Cfr. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão*, in Estudos em comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 56.

⁽²⁰⁾ Quanto ao conceito e regime da resolução, em particular no que toca às diversas limitações que o princípio da retroactividade encontra, ver, muito desenvolvidamente, entre nós, a ampla exposição de J. RIBEIRO DE FARIA, *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão*, cit., pp. 11, ss. Ver ainda: CARLOS A. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, reimpressão de 1982, pp. 412, ss. (no que toca à não afectação pela resolução dos deveres laterais de protecção e cuidado com a pessoa e os bens da contraparte); J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, cit., pp. 398, ss., em particular, pp. 401, ss.

⁽²¹⁾ C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 419.

⁽²²⁾ J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, cit., p. 401.

⁽²³⁾ Contra, porém, no que toca aqui ao recurso à vontade das partes ou à finalidade da resolução para evitar o efeito retroactivo da resolução (embora aceitando o resultado referido, que considera “equitativo”), RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., pp. 655, 657.

Para o efeito, por um lado, feriu com a nulidade, quanto ao excesso, qualquer cláusula pela qual o vendedor seja obrigado a restituir um preço superior ao preço de venda (n.º 2 do art. 928.º).

Em segundo lugar, proibiu igualmente as cláusulas que fixem pagamentos em dinheiro ao comprador “ou de qualquer outra vantagem para este, em contrapartida da resolução” (n.º 1 do art. 928.º).

Caso sejam incluídas no contrato cláusulas deste teor, elas serão nulas, reduzindo-se o contrato — que se mantém na parte restante válido e eficaz — às outras cláusulas.

4. OBJECTO DO CONTRATO

A venda a retro é configurada pela lei como uma modalidade do contrato de compra e venda, contrato esse que não tem somente por objecto a transmissão da propriedade de uma coisa, mas, igualmente, “outro direito” (arts. 874.º, 879.º), e não resulta do seu regime particular (da venda a retro) que esta esteja somente limitada às coisas corpóreas.

Daí decorre que podem ser vendidos a retro não só coisas corpóreas, mas também, em geral, os outros bens que possam ser objecto de venda como créditos ⁽²⁴⁾, valores mobiliários ⁽²⁵⁾, direitos de propriedade industrial, etc.

5. AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO CONTRATO. EM PARTICULAR A DE CRÉDITO E GARANTIA

I. A venda a retro permite o vendedor, com particular energia, em virtude do exercício de um direito de resolução, em certos casos com eficácia mesmo face a terceiros (art. 932.º, tratando-se de coisas imóveis ou de móveis sujeitas a registo, desde que a cláusula tenha sido registada), readquirir a coisa vendida. Há aqui uma modificação face ao regime geral da

⁽²⁴⁾ Neste sentido, I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., p. 134.

⁽²⁵⁾ Sobre a ampla utilização da *vente à réméré*, tendo com objecto valores mobiliários, em França, ver A. PERROT, *La vente à réméré de valeurs mobilières*, cit., pp. 4, ss. Esta utilização da figura é relativamente recente (sobretudo a partir do anos oitenta do século passado), uma vez que o objecto tradicional da mesma eram os imóveis, cfr. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, cit., p. 408.

venda (de que é uma modalidade) que nos impõe a determinação exacta da sua função (ou, talvez melhor, das suas possíveis funções) e, se e em que medida, se afasta daquela da venda propriamente dita ⁽²⁶⁾.

II. Em primeiro lugar, pode por esta via dar-se tutela aos interesses de alguém que não esteja ainda totalmente certo de que pretende alienar o bem, permitindo-se-lhe mudar de ideias durante um determinado período de tempo através da resolução do contrato ⁽²⁷⁾. Dessa forma readquire o bem transmitido, mediante a restituição do preço (das despesas com o contrato e outras acessórias).

É provável neste caso que o preço acordado reflecta essa particular vantagem que se pretende atribuir ao vendedor, podendo dessa forma ser mais baixo do que o preço de mercado do bem ⁽²⁸⁾.

Nada há que estranhar — trata-se de um negócio oneroso em que o direito de o vendedor dentro de um determinado período de tempo fazer cessar o negócio e readquirir a coisa tem um valor económico que se reflectirá num abatimento ao preço.

Não há neste caso um desvio à função da venda, que reside na troca do direito pelo preço, simplesmente insere-se neste particular contrato de venda um desvio que consiste na manutenção de uma situação de provisoriedade, porque o vendedor, durante um período de tempo, pode fazê-la cessar. Após o decurso do período de tempo durante o qual o vendedor pode exercer o seu direito de resolução, a venda perde essas as suas características particulares.

III. Noutros casos, porém, este negócio pode desempenhar funções que efectivamente são diversas daquela da venda ⁽²⁹⁾, em especial aquelas de

⁽²⁶⁾ Sublinhando a importância da determinação da causa-função nestes casos, F. BRITO PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., p. 437.

⁽²⁷⁾ A. C. PELOSI (*Vendita com patto di riscatto*, cit., p. 518) aponta que o interesse o vendedor pode ser simplesmente especulativo.

⁽²⁸⁾ Como sublinha I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., p. 136.

⁽²⁹⁾ A doutrina refere-se quase sempre à de crédito e garantia, que é, efectivamente, a mais relevante, e o objecto deste trabalho. Contudo, cremos que, para além desta, a venda a retro é ainda apta para desempenhar outras funções, embora este aspecto não seja referido pelos Autores.

Com efeito, em certos casos, ao contrário da finalidade de crédito e garantia, em que o que está em jogo é a disponibilidade da quantia pecuniária representada pelo preço

crédito e garantia, o que permite que este negócio típico possa ser um negócio de crédito e garantia ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾.

Cremos mesmo que é esta a sua principal aplicação prática, como decorrerá do que se expõe em seguida.

É também a venda a retro com estas finalidades aquela que é objecto do nosso estudo. Vejamos então.

A venda de um bem por quem precisa de uma determinada soma pecuniária, sem que o vendedor pretenda definitivamente alienar, mas, tão só, obter essa quantia por um certo período de tempo, reservando-se assim o direito de extinguir a venda com a consequente retransferência do objecto desta, mediante a restituição do preço/capital, é um dos objectivos, se não

pago, sendo os bens vendidos o objecto da garantia para o comprador, pode dar-se a hipótese inversa, em que o que se pretende é justamente a disponibilidade dos próprios bens vendidos (e não do dinheiro), embora por um determinado período de tempo.

O vendedor não quer definitivamente transmitir os bens, pretendendo readquiri-los, e o comprador não pretende que eles fiquem definitivamente no seu património, onde substituiriam o preço pago, mas, pelo contrário, quer a restituição dessa quantia. Assim, p. ex., um sujeito que carece de valores mobiliários para um determinado fim e só durante um determinado período de tempo.

A função aqui desempenhada é a de *securities lending* ou de empréstimo desses valores mobiliários. É uma função que pode, igualmente, ser desempenhada pelo reporte [cfr. FRANCO BELL/CLAUDIO ROVINI, *Riporto (contratto di)*, DDP, sezione commerciale, XII, pp. 558, ss.; ou o Repo, cfr. MOORAD CHOUDHRY, *An introduction to repo markets*, 3.^a ed., Wiley, Securities & Investment Institute, Chichester, 2006, p. 73 (quanto ao *stock lending* e o Repo)], mas nada impede que se recorra à venda a retro para esse efeito.

O regime deste contrato não obsta à prossecução dessa finalidade. Na verdade, nada impede a que se imponha contratualmente ao vendedor a obrigação de resolver o contrato decorrido um determinado período de tempo e que o valor a entregar aquando da resolução possa ser menor do que aquele da venda, assim se permitindo remunerar o vendedor. O que a lei impede, para evitar a usura, e tendo “os olhos postos” na venda a retro com função de crédito e garantia, é que o preço a pagar no caso de resolução seja superior ao fixado para a venda (art. 928.º, n.º 2). A variação de preços neste sentido é *a contrario* admitida.

É certo que ao inserir-se a cláusula que obriga o vendedor a resolver o contrato se está a introduzir uma modificação ao esquema típico da venda a retro, mas que é necessário, e, como referimos, admissível, para a afeição a esta função.

⁽³⁰⁾ Embora tal leve a que passemos a estar face a um negócio indirecto, como se justificará melhor mais à frente.

⁽³¹⁾ Quanto às diversas funções que a *Widerkauf*, próxima da venda a retro, como vimos, pode desempenhar no sistema alemão, ver STAUDINGER/P. MADER, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schulverhältnisse* §§ 433-487; *Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht)*, Vorbem. zu §§ 456 ff, cit., pp. 525, ss.

mesmo o principal, que esta figura permite alcançar. O especial regime delineado pelo legislador de 1966 teve-a sempre como pano de fundo.

O recurso a um contrato desta natureza será mesmo preferível, do prisma de quem empresta dinheiro, ao recurso à celebração de um contrato de mútuo com uma garantia real. É que, estando a quantia “mutuada” representada pelo preço pago pela coisa, o comprador/“mutuante/garantido” torna-se proprietário dela (da coisa vendida) enquanto o vendedor/“mutuário/garante” não o reembolsar do capital através da restituição do preço se pretender reaver a coisa através da resolução do contrato.

Caso o vendedor não extinga o contrato — o que só poderá fazer dentro de um certo período de tempo —, o comprador/“mutuante/garantido” torna-se definitivamente proprietário da coisa (no sentido de que o vendedor já não pode operar a retransmissão da mesma através da resolução), que poderá revender (e, como veremos, pode mesmo ter que o fazer), de uma forma expedita, como forma de se reembolsar do capital ⁽³²⁾.

(32) Na jurisprudência dos nossos tribunais superiores no que toca à venda a retro com função de crédito e garantia, ver o recente Acórdão do STJ de 19-9-2006 (Moreira Camilo), in www.dgsi.pt.

Temos dúvidas, no entanto, que no caso em apreço se estivesse face a uma verdadeira venda a retro. De facto, afirma-se no acórdão que a venda a retro visaria garantir o cumprimento de um mútuo anteriormente celebrado, funcionando o cumprimento deste como condição resolutiva da mesma venda a retro. Não afastamos que a venda a retro possa vir a funcionar como uma forma de estender o prazo de pagamento de uma obrigação decorrente de um mútuo anterior. Efectivamente, o devedor, sendo ao mesmo tempo vendedor (a retro), torna-se credor do preço e poderá recorrer à compensação para extinguir a anterior dívida face ao mutuante, agora comprador. O capital passa a estar representado pelo preço e garantido pela transmissão do bem. Para o recuperar, o credor terá que resolver do contrato, tendo pois de entregar esse montante (mais despesas com o contrato e outras acessórias).

Contudo, o que ela não é, é uma venda sujeita à condição resolutiva, cujo facto seria o cumprimento de uma obrigação decorrente de um mútuo. Na venda a retro com finalidade de crédito e garantia o capital é sempre representado pelo preço, podendo o vendedor/“creditado/garantido” resolver ou não o contrato. Independentemente da divergência doutrinal (a que já aludimos, *supra*) sobre se estaremos perante uma condição resolutiva a exercer “pelo vendedor de modo potestativo” [P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, cit., p. 84] ou um verdadeiro direito de resolução com a especialidade de ser exercido *ad nutum* pelo alienante (RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., pp. 646, ss., p. 647; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, cit., p. 83), em qualquer dos casos (sendo, de todo o modo, este último entendimento que nos parece mais adequado), a resolução do con-

VI. Não é pois nenhuma surpresa que a venda a retro se preste a ser utilizada com fins usurários ⁽³³⁾. Um determinado sujeito que careça de dinheiro poderá ser pressionado a vender um bem, provavelmente por um valor inferior ao seu valor de mercado, com o direito de o readquirir, mas tendo para tal que pagar um preço bastante superior ao recebido com a venda, ou a atribuição de uma outra vantagem ⁽³⁴⁾. Esta circunstância poderá conduzir mesmo a que o vendedor se veja impossibilitado de readquirir o bem dentro do período de tempo em que pode exercer a resolução.

Ora o legislador procurou evitar, como se disse, que semelhante resultado pudesse vir a ser atingido, através das já referidas proibições da fixação de um preço superior ao de venda ou da necessidade de entrega ao vendedor de pagamentos em dinheiro “ou de qualquer outra vantagem para este, em contrapartida da resolução” (art. 928.º).

V. Nada obsta, como se vê, a que este tipo legal seja utilizado para fins de crédito e garantia ⁽³⁵⁾. Julgamos mesmo, como acima se sublinhou,

trato fica sempre dependente da vontade do vendedor e está sujeita a apertados requisitos de forma (art. 930.º).

Dito isto, não há obstáculo a que se faça uma transmissão em garantia de um bem para garantir o cumprimento de um mútuo. A transmissão do direito pode estar mesmo condicionada ao cumprimento das obrigações emergentes desse contrato (condição resolutiva) ou então o credor assumir a obrigação de retransmitir o objecto da garantia uma vez cumpridas as obrigações garantidas. Nesse eventualidade, não estaremos face a uma venda a retro, mas a uma alienação em garantia (semelhante à *Sicherungsübereignung*, na terminologia alemã onde é muito comum — cfr. HANS GERHARDT GANTER, *Die Sicherungsübereignung*, in H. SCHIMANSKY/H.-J. BUNTE/H.-J. LWOWSKY, *Bankrechts-Handbuch*, vol. II, C. H. Beck, Munique, 1997, § 95, pp. 2327, ss.), que poderá ser realizada mesmo depois de o mútuo ter sido celebrado.

⁽³³⁾ Quanto a este aspecto, no que toca à já caracterizada *Widerkauf* do direito alemão, ver STAUDINGER/P. MADER, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schulverhältnisse §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht) Vorbem. zu §§ 456 ff, cit., p. 539 (wucherisches Kreditgeschäft)*.

⁽³⁴⁾ Como assinalava I. GALVÃO TELLES (*Contratos civis*, cit., pp. 135-136) na exposição de motivos relativa ao projecto do Código de 1966 na parte dos contratos: “O mal que se vê na venda a “retro” é de ela poder servir desígnios de usura.”

⁽³⁵⁾ Neste sentido: I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., pp. 135-136; RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., pp. 645, ss.; P. ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, cit., p. 83 (sublinhando o papel da venda a retro como alternativa ao crédito hipotecário); L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, cit., p. 79; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., pp. 1025, ss.; J.-B. SEUBE, *Droit des sûretés*, cit., p. 224; B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., pp. 147, ss. Na Alemanha, para a *Widerkauf*, neste sentido: K. LARENZ,

que será o seu destino natural se atendermos à protecção que confere tanto ao comprador/“mutuante/garantido”, como ao vendedor/“mutuário/garante”.

E não se pode pois dizer que haja simulação nestes casos ⁽³⁶⁾. As partes querem mesmo todos os efeitos do contrato de venda (a retro), em particular a transferência de propriedade, ou de titularidade de um outro direito, com o direito de resolução do vendedor. Simplesmente, pretendem desta forma alcançar fins que são diversos dos da compra e venda.

Com efeito, o primeiro obtém a propriedade (ou titularidade de um outro direito) como garantia do valor pago que na intenção das partes deverá ser restituído aquando da resolução do contrato pelo vendedor. Se este não extinguir o contrato e restituir o preço, o comprador poderá sempre alienar o bem a outrem decorrido o período de tempo no qual o direito potestativo extintivo pode ser exercido pelo vendedor. Obtém dessa forma o valor entregue aquando da compra ao vendedor ⁽³⁷⁾.

Este último, embora transmita a outrem um bem que não pretende alienar definitivamente como forma de obter uma determinada quantia pecuniária, entregue como preço, de que carece, vê a sua posição fortalecida, uma vez que o poderá readquirir mediante resolução (e restituição do preço recebido). Ela está mesmo particularmente protegida se a venda tiver por objecto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo e tiver sido registada a cláusula a retro (art. 932.^o).

O vendedor/“creditado/garante” está mais tutelado do que se tivesse celebrado uma alienação em garantia ⁽³⁸⁾, uma venda com pacto de retransmissão ou mesmo um reporte (todos eles contratos de crédito e garantia, sendo esta constituída pela titularidade de um direito que se mantém até ao cumprimento das obrigações da outra parte na esfera do credor).

VI. Poderia questionar-se qual seria a remuneração que auferiria o comprador, na eventualidade de esta figura ser utilizada como garantia,

Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, cit., II § 44, p. 147; B. GRUNEWALD/*Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, § 496, cit., p. 1246.

⁽³⁶⁾ Cfr. RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., pp. 645, ss.; D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1026; B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., p. 157.

⁽³⁷⁾ Dada a diferença de valores que em regra existe, principalmente por razões de tutela do comprador/“crediteante/garantido”, este obterá por essa via uma quantia superior ao do preço pago. Como se verá mais à frente (n.º 8), não poderá conservar esse excesso.

⁽³⁸⁾ Excepto se se tratasse de uma “alienação fiduciária em garantia”, modalidade dos contratos de garantia financeira, como se verá *infra*, n.º 6.4.

atentas as proibições do art. 928.º Sem que se pudesse fixar uma remuneração para este, a figura como negócio de crédito ficaria desde logo diminuída — seria mesmo imprestável.

Conforme foi apontado aquando da análise do regime geral da figura, exercido o direito de resolução, entende-se que não se terão de restituir os frutos produzidos pela coisa, assim como não serão restituídos os juros do preço. Este ponto é da maior relevância para que esta modalidade da venda possa desempenhar uma função diversa daquela que caracteriza este contrato; portanto, de crédito e garantia.

Com efeito, a remuneração do comprador a retro pode simplesmente consistir nos frutos produzidos pela coisa, que é sua, enquanto o vendedor não exercer o seu direito potestativo.

Assim, p. ex., as rendas do imóvel (na eventualidade de se ter vendido a retro um imóvel arrendado), os juros vincendos do crédito cedido (sendo o negócio base a venda a retro, claro), os dividendos pagos pela sociedade, quando a venda a retro tenha por objecto acções, etc.

É mesmo admissível que as partes fixem um termo inicial para o exercício do direito de resolução por parte do vendedor, por forma a permitir ao comprador o gozo da coisa, sem a insegurança resultante da possibilidade de extinção do negócio pelo primeiro a qualquer momento ⁽³⁹⁾. Torna-se desta forma mais estável a equação económica que está na base do negócio.

Não estando o comprador interessado na coisa, pode, como é normal nestes casos, dá-la em locação, por forma a torná-la frutífera, eventualmente ao próprio vendedor a retro ⁽⁴⁰⁾. Assim, se A vender o seu automóvel a retro a B, poderá este dá-lo de imediato ao primeiro em locação a valores de mercado para aquela modalidade de bens.

A remuneração do seu capital, representado pelo preço, assim como a compensação pela desvalorização do mesmo, é obtida através da própria coisa adquirida a retro. Estaremos então aqui face a uma operação comercial mais vasta em que se associa a venda a retro à locação.

Não está mesmo excluído que o comprador/“garantido/creditante”, se for estipulado que o vendedor/“garante/creditado” só poderá exercer o seu direito de resolução após o decurso de determinado prazo, por acordo com

⁽³⁹⁾ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, cit., p. 224; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Contrato de compra e venda. Introdução, efeitos especiais e modalidades*, cit., p. 41.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. ANGELO LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Trattato di diritto privato (a cura de Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Giuffrè, Milão, 1995, p. 422.

a outra parte, a aliene dentro desse período de tempo (eventualmente através de uma segunda venda a retro, em que ele seja agora o vendedor e com um termo inicial para o exercício do direito de resolução mais curto do que aquele fixado na primeira venda) ⁽⁴¹⁾, como forma de conseguir dessa forma uma vantagem económica que lhe permita obter a contrapartida da cedência do capital que o preço de compra aqui representa.

As possibilidades de o comprador/“garantido/creditante” obter uma contrapartida pela vantagem que concede à outra parte sob a forma do preço/capital, *desde que não se atinjam os limites que o legislador para evitar a usura inseriu no respectivo regime*, são como se vê, bastante variadas.

Por isso, não podemos acompanhar a afirmação de Raúl Ventura ⁽⁴²⁾ de acordo com a qual “Olhada, porém, do lado do comprador a operação não tem atractivos”. Tem, como vimos, nos termos assinalados.

6. DISTINÇÃO DE FIGURAS PRÓXIMAS

6.1. A venda com pacto de retrovenda

I. O pacto de *retrovenda* que, associado a uma venda anterior, dá corpo a uma venda em garantia tem como conteúdo as obrigações de ambas partes (ou só uma delas) de, decorrido determinado período de tempo, celebrarem uma outra venda com os efeitos contrários aos da primeira. Em regra as partes constróem esse pacto de retrovenda como um contrato-promessa (bilateral ou unilateral) unido a um contrato de compra e venda ⁽⁴³⁾. A retransmissão da propriedade, ao contrário do que se passa na venda a retro, depende sempre da colaboração do comprador, e opera inteiramente de forma *ex nunc* ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴¹⁾ Tendo, claro, que resolver essa venda antes de decorrido o prazo para o vendedor (na primeira venda) exercer o seu direito.

⁽⁴²⁾ RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., p. 644.

⁽⁴³⁾ D. RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 1028; M. BIANCA, *Vendita (diritto vigente)*, cit., p. 622; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, II, *obbligazioni e contratti. Successioni per causa di morte*, cit., p. 306; D. BARBERO/A. LISERRE/G. FLORIDA, *Il sistema del diritto privato*, cit., p. 718; RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., p. 660.

⁽⁴⁴⁾ Claro que da articulação da venda com o contrato-promessa de revenda se gera uma situação fiduciária. O comprador/promitente-vendedor é titular fiduciário desse bem. A venda em garantia é um verdadeiro negócio fiduciário.

Os preços de compra e de revenda em princípio serão diversos, para se incluir neste o custo do capital, ou, não o sendo, poderá ser fixado o pagamento de uma outra quantia aquando da revenda justamente para retribuir essa vantagem (a disponibilidade do capital) ⁽⁴⁵⁾.

II. Na venda a retro, pelo contrário, há uma única compra que pode ser destruída, durante um determinado período de tempo, com consequências, no que toca à requisição do direito, retroactivas. Depois desse período de tempo, fixar-se-á (em princípio) definitivamente na esfera do comprador. Não há diferenças de preço nem o pagamento de outras vantagens em contrapartida da resolução (art. 928.º).

Por outro lado, enquanto o vendedor pode ou não exercer o seu direito

⁽⁴⁵⁾ Figura de alguma forma intermédia entre a venda a retro e venda com pacto de retrovenda, na construção referida em texto, é a *Widerkauf* do direito alemão, a que já fizemos referência. Nesse caso, o vendedor tem direito à celebração de um novo contrato (de sentido inverso) com um conteúdo, em princípio, igual, no que toca ao preço, ao primeiro. Contudo, basta a declaração do vendedor (a *Widerkaufserklärung*) para a produção dos efeitos da recompra.

A doutrina divide-se, embora sem efeitos práticos, entre quem considera que no momento em que se conclui a venda se celebra também a revenda sujeita à condição suspensiva da eficácia da *Widerkaufserklärung* por parte do vendedor, e quem entenda simplesmente que o vendedor tem um direito potestativo (*Gestaltungsrecht*), o *Widerkaufserrecht*, cujo exercício desencadeia o contrato de revenda. Neste último sentido: K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil*, cit., II § 44, p. 147; D. MEDICUS, *Schuldrecht II, Besonderer Teil*, cit., § 83, p. 80. Ver para esta questão, como se disse sem efeitos práticos: B. GRUNEWALD/*Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, § 496, cit., p. 1246; STAUDINGER/P. MADER, *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz, Buch 2, Recht der Schulverhältnisse §§ 433-487; Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht) Vorbem. zu §§ 456 ff*, cit., p. 527.

Importa destacar que qualquer destas acima referidas construções seria admissível no âmbito da venda com pacto de retrovenda entre nós. Ou seja, em vez de celebrarem uma venda a que se une um contrato-promessa bilateral de revenda entre as mesmas partes, conforme se refere em texto, podem as partes adoptar uma construção diversa. Este aspecto era já sublinhado por I. GALVÃO TELLES (*Contratos civis*, cit., p. 134). Com efeito, apontava este Autor que o pacto de retrovenda poderia ser uma revenda entre as mesmas partes celebrada ao mesmo tempo que a venda, ficando a “segunda venda, como simples proposta sujeita à aceitação” da outra parte ou “como venda completa, subordinada à condição suspensiva da sua concordância ulterior”.

Em todo o caso, mesmo numa diversa construção do pacto de retrovenda daquela referida em texto, para além de outros aspectos, como as diferenças de preços (ou o pagamento de uma outra quantia aquando da revenda), seria sempre necessária uma revenda, enquanto na venda a retro estamos sempre perante uma venda única com um preço idêntico.

de resolução do contrato, nesta figura, sendo o contrato-promessa bilateral, ele está mesmo obrigado a readquirir o bem vendido nas condições previstas no contrato. Claro está, e nesse ponto haverá uma maior aproximação entre as figuras, que a promessa pode ser somente unilateral, por parte do comprador (promessa de revenda), o que significa que o vendedor em garantia não terá que readquirir o bem.

Por fim, a posição do vendedor/“creditado/garantido” que cumpre, ou seja que pretenda devolver o preço, é mais sólida do que na venda com pacto de revenda, na configuração referida. Efectivamente, exercido o direito de resolução e pago o preço, ele readquire o bem vendido, o que é dizer, readquire a garantia prestada.

III. Apesar das diferenças apontadas, estamos em ambos os casos face a figuras que, assentando no esquema da compra e venda consistem em garantias assentes no recurso à titularidade de um direito. De facto, em ambas as hipóteses se se recorre à titularidade de um direito com função de assegurar o cumprimento de um crédito (nem sempre, no caso da venda a retro que pode desempenhar outras funções, embora com menor importância prática).

6.2. O reporte

I. O reporte é um contrato típico (regulado nos arts. 477.º e segs. do Código Comercial) ⁽⁴⁶⁾ que tem por conteúdo uma venda de títulos de crédito negociáveis acompanhada por uma revenda simultânea entre os mesmos sujeitos ⁽⁴⁷⁾ de títulos da mesma espécie, a termo, de efeitos opo-

⁽⁴⁶⁾ O Código dos Valores Mobiliários (CVM) consagra algumas especialidades para os reportes realizados em bolsa (art. 255.º). O reporte que seja um contrato de garantia financeira, na modalidade de “alienação fiduciária em garantia”, tem igualmente um regime particular (Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5).

⁽⁴⁷⁾ Não se trata, no entanto, de uma coligação de contratos, neste caso duas compras e vendas de sentidos opostos em que uma delas produz efeitos a prazo, sendo o contrato unitário. Com efeito, não se deve desconhecer, como sublinhava reiteradamente RUY ENNES ULRICH (*Do reporte no direito commercial portuguez*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906, p. 20), a “unidade orgânica” que o caracteriza. Na mesma linha: M. BAPTISTA LOPES, *Do contrato de compra e venda no direito civil, comercial e fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 420; CESARE VIVANTE, *Il contratto di riporto*, RDCom, 1925, I, p. 98 (embora constituído por duas operações, o contrato deve considerar-se “unico e indivisibile”); RENATO CORRADO, *I contratti di borsa*, Trattato di diritto civile italiano (dirigido por Filippo

tos (o vendedor na primeira venda é o comprador na segunda venda ou revenda e vice-versa), por um determinado preço ou preços.

A primeira venda é realizada a contado, o que significa que produz efeitos imediatamente, e a revenda é realizada ao mesmo tempo, mas os seus efeitos só se produzem quando se verificar o termo, isto é, decorrido o prazo fixado pelas partes.

O objecto do contrato são, como já assinalámos, títulos de crédito negociáveis, e estamos perante um contrato real *quoad constitutionem*, cuja perfeição depende, além das declarações negociais, da entrega dos títulos ⁽⁴⁸⁾.

No âmbito funcional, o reporte, pode desempenhar mais do que uma função, dentre elas — a mais relevante — a de crédito e garantia.

II. Temos assim em comum com a venda a retro, a tipicidade legal, o tipo contratual adoptado, a venda, e o conjunto de funções que pode desempenhar, em que avulta a de concessão de crédito e constituição de uma garantia assente na titularidade de um direito. Inserem-se ambas as figuras na categoria de garantias em que a titularidade de um direito desempenha uma função de assegurar um crédito. Este aspecto leva a que enfrentem problemas comuns, nomeadamente no que toca à proibição do pacto comissório.

III. Todavia, do prisma estrutural, as diferenças são claras. O objecto na venda a retro é muito mais extenso, esta é um negócio consensual e resume-se a uma única venda que pode ser feita cessar, por resolução, com reacquirição do direito transmitido.

Vassalli), vol. VII, UTET, Turim, 1960, pp. 301, ss.; ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 16.^a ed., Giuffrè, Milão, 1999, p. 545.

⁽⁴⁸⁾ Quanto ao reporte, entre nós, ver: RUY ENNES ULRICH, *Do reporte no direito comercial português*, cit.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Do reporte: subsídios para o regime jurídico do mercado de capitais e da concessão de crédito*, in Banca, bolsa e crédito, estudos de direito comercial e direito da economia, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 143, ss.; SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *Os contratos de reporte e de empréstimo no código dos valores mobiliários*, Cad. MVM (edição especial sobre o Código dos Valores Mobiliários), 2000, pp. 353, ss.; SOFIA LENCART, *A celebração de contratos de reporte por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário. Problemas suscitados pelo art. 11.º do Decreto-Lei n.º 276/94, de 02 de Novembro*, Almedina, Coimbra, 2000. Em Itália: CESARE VIVANTE, *Il contratto di riporto*, RDCom, 1925, I, pp. 97, ss.; LUIGI TARTUFARI, *Intorno alla natura giuridica del contratto di riporto*, RDCom., 1905, I, pp. 257, ss.; F. BELLI/C. ROVINI, *Riporto (contratto di)*, cit., pp. 541, ss.

Por outro lado, enquanto no reporte temos logo uma segunda venda de efeitos contrários que produzirá os seus efeitos a prazo, o que significa que se o vendedor/recomprador/reportado não cumprir, portanto não pagar o preço acordado, estará em incumprimento, nada disso se verifica na venda a retro. Durante um determinado período de tempo, o vendedor pode — mas não tem que — resolver o contrato e readquirir a titularidade do bem vendido. Decorrido esse prazo e não sendo exercido o direito, em princípio, a titularidade firma-se definitivamente no comprador a retro.

Por fim, ao contrário do que se passa (*rectius*: pode passar) com o reporte, na venda a retro não poderá haver diferenças de preço, e o comprador não tem direito a quaisquer pagamentos de dinheiro (para além do preço, claro) ou de outras vantagens em contrapartida da resolução (art. 928.^o).

6.3. A locação financeira restitutiva (*sale and lease back*)

I. Trata-se de uma modalidade da locação financeira, contrato típico entre nós já desde 1979, que tem a particularidade de assentar não numa relação trilateral, mas numa relação exclusivamente bilateral, pois é o próprio locatário financeiro que vende à outra parte o bem que esta depois lhe dá de imediato em locação financeira. Como tal, expirado o prazo acordado no contrato, tendo o locatário cumprido as suas obrigações, em particular o pagamento das rendas, ele poderá exigir que o bem lhe seja revendido, mediante o pagamento do valor residual (⁴⁹).

(⁴⁹) Sobre esta figura, em geral, ver: DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva ("lease-back") no direito português*, ROA, 1982, pp. 775, ss.; J. CALVÃO DA SILVA, *Direito bancário*, cit., p. 420; J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *A locação financeira (leasing)*, BMJ n.º 231, p. 9; J. ANDRADE MESQUITA, *Direitos pessoais de gozo*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 40, ss.; MAURO BUSSANI, *Il contratto di lease back*, CI, 1986, 2, pp. 558, ss.; IDEM, *Proprietà-garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, Università degli studi di Trento, Trento, 1992, pp. 161, ss.; GIORGIO DE NOVA, *Il contratto di leasing*, 3.^a ed., Giuffrè, Milão, 1995, pp. 65, ss.; MICHELE SPINELLI/GIULIO GENTILE, *Diritto bancario*, 2.^a ed., Cedam, Pádua, 1991, pp. 480; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, cit., pp. 420, ss.; ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali, Garantienvvertrag, fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale — lease — back*, Cedam, Pádua, 1998, p. 437; CHRISTIAN GALVADA/JEAN STOUFFLET, *Droit bancaire, institutions — comptes — opérations — services*, 5.^a ed., Litec, Paris, 2002, pp. 352-352; F. C. DUTILLEUL/P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, cit., p. 763; MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. I, *Leasing und Factoring*, C. H. Beck, Munique, 1991, pp. 60, ss.; FRIEDRICH GRAF VON WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, 5.^a ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 1998.

A doutrina e a jurisprudência, entre nós, não levantam hoje qualquer dificuldade à admissibilidade desta modalidade da locação financeira.

A função que desempenha é claramente aquela de financiamento do locatário-financeiro, que é garantido pela propriedade do bem que o locador-financeiro adquire na primeira parte da operação (a parte *sale*, ou a compra e venda).

A contrapartida do locador-financeiro é obtida através do pagamento das rendas (que englobam em parte a amortização desse financiamento, traduzido no preço de compra, mais os juros e outras despesas) e, se a outra parte optar pelo compra, do valor residual. Caso o locatário-financeiro se decidir por não comprar o bem decorrido o prazo contratual, o locador-financeiro satisfaz-se do valor em falta através, principalmente (mas não só), da transacção do bem objecto do contrato.

Daqui decorre que do prisma estrutural a operação de locação financeira restitutiva é constituída pelo menos por dois e potencialmente por três contratos: o contrato de locação financeira propriamente dito, a venda do bem ao locador-financeiro que de imediato o dá em locação financeira à outra parte e o contrato de revenda, mas só se o locatário-financeiro se decidir, decorrido o período contratual, a recomprar o bem.

II. As diferenças entre a venda a retro e a locação financeira restitutiva são claras mesmo no caso da venda a retro com fim de crédito e garantia em que o bem seja dado em locação ao vendedor (havendo uma maior aproximação entre as duas figuras).

De facto, o bem que o locatário-financeiro vendeu ao locador-financeiro vai sendo pago, com os juros, pelas rendas, e pelo valor residual do bem, findo o contrato. As rendas não são a contrapartida do gozo da coisa que o locador-financeiro proporciona às sua contraparte, mas são calculadas por forma a fraccionar parte do crédito atribuído ao locatário-financeiro, através do preço de compra da coisa, pelos meses pelos quais vigora o contrato, sendo aí também incluídos, os juros e outras despesas.

Na venda a retro com fim de crédito e garantia (mesmo que o bem seja dado em locação ao vendedor), a situação é diferente. Desde logo, o valor do capital emprestado, entregue como preço, é restituído só, e na integralidade, no momento da resolução do contrato pelo vendedor, sem poder ser acompanhado do pagamento de juros ou de qualquer outra vantagem para o comprador. Por outro lado, ao celebrar um contrato de locação, recaem sobre o proprietário todas as obrigações relativas a essa sua posição de locador (e não o regime mais favorável da locação financeira).

Para além disso, claro está, na venda a retro a reacquirição do bem é realizada através da extinção do próprio contrato, enquanto na locação financeira restitutiva decorre do exercício do direito de compra decorrente desse mesmo negócio, pelo valor residual.

Tanto basta para se poder afirmar que as operações são bastante diversas, tanto na perspectiva estrutural (o que é muito claro), como, mesmo, quanto aos resultados económicos que são atingidos.

III. Têm no entanto em comum, como se verá, o facto de se tratarem de negócios de crédito e garantia, sendo esta constituída para titularidade de um bem que o “creditado/garante” transmite ao “creditante/garantido”.

6.4. A “alienação fiduciária em garantia”

I. A “alienação fiduciária em garantia” (típica ⁽⁵⁰⁾), como modalidade dos contratos de garantia financeira ⁽⁵¹⁾, está limitada no nosso Direito, entre outros, por requisitos de natureza subjectiva e o objectiva apertados ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Estamos a referir-nos em texto à alienação fiduciária em garantia típica, isto é, aquela que está dentro do âmbito de aplicação do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5, sendo dotada de um regime legal próprio, com particular relevo no âmbito insolvencial (diga-se só, sem desenvolver aqui este aspecto, que existiam já no nosso ordenamento negócios fiduciários em garantia típicos). Tal não significa, bem pelo contrário, que não sejam admitidas no nosso sistema alienações de direitos (de crédito, de propriedade, sociais, etc.) em garantia que não preencham os requisitos de aplicação do referido diploma, e que são, nessa medida, alienações em garantia atípicas. Especial importância tem, neste contexto, a cessão de créditos (mais uma vez, fora do âmbito de aplicação do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5, que também pode ter por objecto créditos pecuniários) em garantia.

De todo o modo, também as alienações em garantia atípicas — que assentam em estruturas fiduciárias — se distinguem da venda a retro. Com efeito, e sem desenvolver muito este aspecto, a transmissão do direito em garantia não se faz através de uma venda, mas de um outro negócio (na cessão de créditos em garantia, o chamado negócio-base da cessão), donde em regra emergem também as obrigações garantidas. Depois, a retransmissão do direito objecto da garantia, na eventualidade de cumprimento por parte do credor, ou opera automaticamente por via do preenchimento da condição resolutiva da transmissão (o cumprimento das obrigações garantidas), ou através de um novo negócio de retransferência entre o garantido e o garante (a chamada *fiducia* romanística), segundo o convencionado entre as partes (que, geralmente, adoptam o segundo modelo).

⁽⁵¹⁾ Note-se que o reporte pode ser uma modalidade de alienação fiduciária em garantia (art. 2.º, n.º 3, do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5).

⁽⁵²⁾ Para estarmos perante contratos de garantia financeira, para efeitos do respectivo diploma, é necessário que se preencha um conjunto de requisitos previstos nos

Com efeito, é necessário que seja celebrada entre sujeitos, respectivamente, garante e o garantido (o prestador da garantia e o beneficiário, nos termos da lei), que pertençam a uma das categorias do elenco do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5⁽⁵³⁾, e que a obrigações garantidas tenham por objecto uma liquidação em numerário ou a entrega de instrumentos financeiros (art. 4.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5), assim como os objectos da garantia sejam os mencionados — e definidos — nas als. *a)* e *b)* do art. 5.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5: “numerário” ou “instrumentos financeiros”.

No que toca ao seu funcionamento, ela implica sempre uma transmissão da titularidade do direito objecto da garantia para o património do credor, mas não haverá necessariamente uma retransmissão do mesmo em caso de cumprimento, podendo o devedor, em certos termos, substituí-la por uma quantia em dinheiro. Pode mesmo, também em determinadas circunstâncias, recorrer-se à compensação.

II. Em ambos os casos trata-se de recorrer à titularidade de um direito para assegurar o cumprimento de uma obrigação (mas que não tem que ser pecuniária no caso da “alienação fiduciária em garantia”). Igualmente, os sujeitos que em regra recorrerão à venda a retro em análise serão aqueles que são exigidos para que estejamos perante uma “alienação fiduciária em garantia”, embora não tenha necessariamente de ser assim.

arts. 3.º a 7.º (art. 2.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5): quanto aos sujeitos (art. 3.º), à obrigação garantida (art. 4.º), ao objecto da garantia (art. 5.º), à necessidade do objecto ser efectivamente prestado (art. 6.º) e à susceptibilidade de prova por documento escrito (art. 7.º). Sobre este ponto, ver: JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, tomo I, *parte geral*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 193, ss.; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 614, ss.

(53) Assim, de uma forma resumida, referindo só algumas, temos as entidades públicas [al. *a)* do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5], o Banco de Portugal, outros bancos centrais, o Banco Central Europeu [al. *b)* do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5], instituições sujeitas a supervisão prudencial, incluindo as instituições de crédito [al. *c)* *i)* do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5]. O Estado português decidiu não excluir do âmbito de aplicação do diploma (como podia — art. 1.º, n.º 3, da Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho) outras pessoas colectivas, para além das anteriormente referidas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas als. *a)* a *d)* [al. *f)* do art. 3.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5]. Revestem para nós especial interesse os contratos celebrados entre os bancos e as sociedades comerciais.

III. Estruturalmente, no entanto, as figuras são bem diversas por força do direito de resolução do vendedor/“garante/creditado”, que leva à extinção, embora sem eficácia retroactiva desse negócio, quando na alienação fiduciária em garantia o que há é o cumprimento do mesmo, embora dentro do condicionalismo particular do art. 14.º do Dec.-Lei n.º 105/2004, de 8-5. Os bens objecto do negócio são também diversos, tendo nessa medida a venda a retro uma extensão muitíssimo maior.

Ainda, o regime essencialmente civilístico da venda a retro impõe limitações à figura que a alienação fiduciária em garantia, pensada de raiz como figura financeira, não se tratando como na modalidade de venda em análise na adaptação para esse fim de um figura civilística, não tem (muito pelo contrário, é marcada pela sua flexibilidade).

Por fim, a “alienação fiduciária em garantia” beneficia de um regime insolvencial próprio muitíssimo favorável que lhe confere uma segurança excepcional. O regime da venda a retro com fim de garantia e crédito será visto *infra* (n.º 9) em texto.

7. CARACTERIZAÇÃO

7.1. A venda a retro como negócio em que se recorre à titularidade de um direito com função de garantia

I. Há entre nós uma categoria negocial no âmbito das garantias, diversa das garantias reais, que se caracteriza por esta, a garantia, assentar na propriedade, ou na titularidade de um outro direito ou posição jurídica. Aí se inserem (de entre os negócios típicos, note-se; nada obsta à celebração de negócios atípicos que também aqui se incluam) a venda com reserva de propriedade, a locação venda, a locação financeira, o reporte e agora, mesmo, a “alienação fiduciária em garantia”, como modalidade dos contratos de garantia financeira (e num âmbito mais limitado).

Alguns destes negócios são fiduciários em sentido estrito, outro não. Mas têm essa característica que os une e dá coesão a esta modalidade de garantias, diversa das garantias reais (e com a qual não deve ser confundida).

II. Temos assim que a venda a retro com função de crédito e garantia (o que nem sempre se verificará, como acima se apontou, podendo ser

utilizada pura e simplesmente para tutelar o interesse de quem, tendo embora de vender uma determinada coisa, se queira reservar a possibilidade de a recuperar) representa um exemplo claro do recurso entre nós ao direito de propriedade (ou à titularidade de um outro direito) com função de garantia de uma obrigação, e, como tal, se insere nessa categoria negocial ⁽⁵⁴⁾.

III. Este aspecto de caracterização é importante (como o é também a construção desta categoria) ⁽⁵⁵⁾ para de forma valorativa e sistematicamente correcta resolvermos alguns aspectos que se apresentam com alguma indefinição e maior dificuldade no regime da venda a retro. Desde logo, a posição do vendedor que não tenha exercido o seu direito, depois de decorrido o prazo para tal, assim como a posição deste na eventualidade de declaração de insolvência do comprador. Por fim, resta a hipótese inversa, a declaração de insolvência do vendedor, antes de decorrido o prazo para o exercício do direito de resolução. Sobre todos estes aspectos recai a sombra do pacto comissório.

⁽⁵⁴⁾ PIERRE CROCQ (*Propriété et garantie*, LGDJ, Paris, 1995, p. 18), embora aceitando que este negócio desempenha uma função de crédito e garantia, traduzindo-se esta última na propriedade da coisa vendida, afasta a venda a retro da sua noção de “*propriétés-garanties*” porque não existe uma obrigação do devedor (aqui vendedor) de resolver o contrato, elemento que considera essencial para que se possa estar dentro da referida categoria. Trata-se de uma questão de simples delimitação da categoria sem efeitos práticos relevantes (note-se, aliás, que ela levaria a retirar do seu seio a locação financeira, porque o locatário-financeiro nunca é obrigado a exercer o seu direito de compra decorrido o prazo contratual).

De todo o modo, na nossa perspectiva, o que caracteriza esta categoria negocial de garantias que se distingue das garantias reais — com a qual não deve de forma alguma ser confundida, sendo pelo contrário, dotada regime (em particular insolvencial) diverso — é justamente o recurso à propriedade (ou à titularidade de um direito de natureza diversa) como forma de garantir um crédito. Nessa medida, o credor poderá em última instância satisfazer-se (em sentido amplo) pelo valor do direito que foi transmitido ou mantido na sua esfera. Esta característica verifica-se também na venda a retro com função de crédito e garantia. Se o vendedor/“creditado/garante” não exercer o seu direito de resolução, entregando o preço que constitui o capital, a outra parte poderá, nos termos que veremos, satisfazer-se (em sentido amplo) pelo valor do bem que permanece na sua esfera. O não exercício do direito de resolução por parte do vendedor, leva assim, pode dizer-se, a que seja “executada” a garantia.

⁽⁵⁵⁾ Ver, desenvolvidamente sobre esta, L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, diss. de doutoramento, Porto, 2005 (em curso de publicação), pp. 661, ss.

7.2. A venda a retro como um negócio indirecto

A venda a retro é uma modalidade da compra e venda com um regime específico que se traduz, na sua essência, no direito de resolução *ad nutum* do contrato pelo vendedor durante um determinado período de tempo.

Esse aspecto permite que ela seja particularmente apta a funcionar como negócio indirecto ⁽⁵⁶⁾ ⁽⁵⁷⁾, desempenhando, como se tem repetidamente afirmado, funções típicas de outros, neste caso de empréstimo pecuniário e de garantia. O que tem relevância, como se verá, na sua interpretação e integração ⁽⁵⁸⁾.

Trata-se, no entanto, de uma modalidade bastante particular de um negócio indirecto, porque, conforme se viu antes, ele terá, por vezes, que ser afeiçoado ao seu fim de crédito através da inclusão de cláusulas acessórias e mesmo pela celebração coligada de um outro contrato, geralmente de locação, entre as partes ⁽⁵⁹⁾.

7.3. A venda a retro como negócio fiduciário?

I. Estamos agora em posição de determinar, se, e até que ponto, a venda a retro é ou se aproxima dos negócios fiduciários ⁽⁶⁰⁾.

Na nossa perspectiva, o que caracteriza a categoria negocial do negó-

⁽⁵⁶⁾ Acentuava já que a venda a retro é “particularmente propícia a uma utilização indirecta”, ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, Centelha, Coimbra, 1977, Aditamento, p. 4. Em Espanha, neste sentido, B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., p. 150.

⁽⁵⁷⁾ Quanto ao negócio indirecto, em geral, ver: ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio jurídico indirecto (teoria geral)*, in Orlando de Carvalho, Escritos. Páginas de direito, I, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 35, ss.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *Direito civil — Teoria geral*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 306, ss.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 243, ss.; IDEM, *Teoria geral do direito civil*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 472, ss.

⁽⁵⁸⁾ Assim, em termos gerais, quanto ao negócio indirecto, numa perspectiva que subcrevemos, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 472.

⁽⁵⁹⁾ Na classificação de P. PAIS DE VASCONCELOS (*Teoria geral do direito civil*, cit., pp. 475-476) seria, nestes casos, um negócio indirecto complexo.

⁽⁶⁰⁾ Muito desenvolvidamente sobre a delimitação da categoria negocial dos negócios fiduciários, ver L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, diss. de doutoramento, Porto, 2005 (em curso de publicação), pp. 46, ss., pp. 231, ss.

cio fiduciário ⁽⁶¹⁾ é o recurso a uma particular estrutura em que se opera a aquisição “plena” de um direito, cujo exercício está limitado tão só obrigatoriamente e que o adquirente estará vinculado a retransmitir ⁽⁶²⁾.

A referida estrutura coloca o fiduciante numa peculiar situação de debilidade, ou de risco, como lhe preferimos chamar (que poderá ser denominado como o “risco fiduciário”), sendo marcada por quatro elementos: a recusa de retransmissão, ou a transferência a terceiro, pelo fiduciário em incumprimento das obrigações contraídas dos direitos que lhe foram transmitidos, a penhora dos bens fiduciários no seio de uma acção executiva interposta pelos credores do fiduciário e a sua declaração de insolvência, com a integração dos referidos bens na massa insolvente ⁽⁶³⁾.

A estrutura a que se recorre sempre que a venda a retro tiver finalidade de crédito e garantia é em parte semelhante a uma estrutura fiduciária, assente na transmissão de um direito que o transmitente visa mais tarde readquirir.

Contudo, o mecanismo que permite a reaquisição é diferente. O vendedor não tem um direito de crédito à recompra (o que implicaria a celebração de um outro contrato), mas à extinção, mediante o exercício do direito de resolução, do próprio contrato celebrado, com a consequente reaquisição do bem.

II. De todo o modo, o correcto tratamento desta questão impõe que se distingam as vendas a retro conforme tenham por objecto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo em que a cláusula a retro tenha sido registada, das vendas a retro que tenham por objecto móveis não sujeitos a registo, uma vez que o regime é diverso.

De facto, no primeiro caso, a cláusula a retro é oponível a terceiros (art. 932.^o), o que tutela de uma forma muito eficaz a posição do vende-

⁽⁶¹⁾ Quanto aos negócios fiduciários, entre nós, ver: P. PAIS DE VASCONCELOS, *Em tema de negócio fiduciário*, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, 1985; IDEM, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, cit., pp. 254, ss.

⁽⁶²⁾ Contudo, em certos casos, o fiduciário não está obrigado a retransmitir o direito como acontece na *fiducia* em garantia depois do incumprimento do fiduciante. Nesse caso, só haverá o dever de entrega do remanescente depois da extinção do crédito garantido.

⁽⁶³⁾ Muito desenvolvidamente sobre a delimitação da categoria negocial (exposta de forma muito sumária em texto) dos negócios fiduciários, ver L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, diss. de doutoramento, Porto, 2005 (em curso de publicação), pp. 46, ss.

dor, permitindo afastar o risco de perda do bem, o que já não sucede, como passamos a ver, quando o objecto do negócio for outro.

III. Temos então que se a venda a retro tiver por objecto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo e tiver sido registada, a resolução do contrato com efeitos mesmo face a terceiros afasta o risco de o comprador se recusar a retransmitir a coisa ou que transmitindo-a a terceiro impeça a posterior reaquisição pelo vendedor ⁽⁶⁴⁾.

Se a coisa for penhorada, adquirindo o credor do comprador que a desencadeie (o exequente) um direito real de garantia (art. 822.º, n.º 1), ainda assim, a resolução prejudicará o direito por este adquirido. Por fim, se for declarada a insolvência do comprador, o vendedor poderá mais uma vez, através do exercício do seu direito potestativo extintivo, operar a retransmissão do bem, indo o preço restituído integrar a massa insolvente.

IV. A situação é, em parte, diversa, se o contrato tiver por objecto uma coisa móvel não sujeita a registo. Na verdade, a cláusula a retro não poderá ser oposta a terceiros, o que significa que, se o comprador a transmitir a outrem ou constituir um direito sobre ela, o vendedor já não o poderá readquirir ou readquire-a onerada.

Isto, apesar de recair sobre o comprador o dever de não transmitir o bem a terceiros durante o período de tempo no qual o vendedor pode exercer o seu direito de resolução do contrato.

Este dever, quando não decorra logo de pactuação das partes, pode ser afirmado em sede de integração, tendo em conta os fins visados pelas partes (crédito e garantia) e o mecanismo (aquisição pelo creditante da titularidade de um direito que desempenha meramente a função de garantia de um crédito) a que recorrem para os alcançar.

De todo o modo, esse dever resultará já da boa fé (art. 762.º, n.º 2). Na verdade, este contrato assenta uma intensa relação de confiança entre

⁽⁶⁴⁾ A não ser que não se tenha procedido ao registo da cláusula. Contudo, mesmo neste caso, entendem PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (*Código civil anotado*, vol. II, cit., pp. 226-227. Na mesma linha M. BAPTISTA LOPES, *Do contrato de compra e venda*, cit., p. 209) que, verificados os respectivos pressupostos do art. 435.º, n.º 2, isto é, que o terceiro subadquirente não tivesse registado o seu direito antes do registo da acção de resolução, poderia por via desta “obter-se a eficácia da cláusula em relação a terceiros”. Em sentido contrário, porém, RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., p. 650.

as partes que as levou a recorrer a uma estrutura negocial pela qual uma delas transmite a outra um bem que pretende recuperar, tendo-se de facto em vista simplesmente uma maior segurança da restituição do montante representado pelo preço (finalidade de garantia).

Os deveres resultantes da boa fé, tendo presente a relação de confiança entre as partes (marcante, como vimos, das relações fiduciárias) e o fim do contrato, são assim particularmente intensos e impregnam o conteúdo desta relação contratual, destacando-se o dever do comprador/“creditante/garantido” de não alienar a coisa a um terceiro durante o período de tempo em que a outra parte o pode readquirir através do exercício do direito de resolução ⁽⁶⁵⁾.

Consequentemente, a transmissão a terceiro neste período de tempo, se nada for acordado em contrário, constituirá um incumprimento do contrato por parte do comprador.

Acrescente-se só que as partes poderão acordar que o comprador possa negociar o objecto adquirido, se se fixar um prazo (termo inicial) para o vendedor/“garante/creditado” exercer o seu direito de resolução. Trata-se de uma via para que o primeiro possa obter uma vantagem económica que sirva de contrapartida àquela que concede à outra parte. Antes de decorrido o referido período de tempo, o comprador/“creditante/garantido” terá que o readquirir.

Mantendo o comprador/“creditante/garantido” o bem no seu património, ele poderá vir penhorado, em acção interposta pelos seus credores. Nessa eventualidade, o credor exequente adquire um direito real de garantia (resultante da penhora — art. 822.º, n.º 1) ⁽⁶⁶⁾ e o vendedor, exercido o seu direito potestativo extintivo, adquire a coisa penhorada, uma vez

⁽⁶⁵⁾ Não sendo assim, convém destacar, seria fácil frustrar a protecção que a lei quer atribuir ao vendedor, que assenta fundamentalmente na possibilidade de dentro de um determinado período de tempo readquirir (arts. 928.º, 929.º) a coisa, através da resolução do contrato, pelo mesmo preço da venda. Bastaria para tal, nestes casos, o comprador vender o bem a terceiro.

Além do que, se não existisse a referido dever (e já vimos que existe), o risco corrido pelo vendedor seria ainda maior, porque, sendo proprietário da coisa, o comprador poderia dispor dela como bem entendesse, não ficando sequer constituído em responsabilidade, com a consequente obrigação de indemnizar.

⁽⁶⁶⁾ Quanto a este aspecto, ver: JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, p. 113; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva, depois da reforma*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 269; MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção executiva singular*, Lex, Lisboa, 1998, p. 251.

que, como vimos, os efeitos retroactivos da resolução não podem, nesta hipótese, afectar os direitos adquiridos por terceiros (art. 435.º, n.º 1), e se arrisque a perdê-la (caducando o seu direito) aquando da venda judicial (art. 824.º, n.ºs 2 e 3) (67).

No caso de ser declarada a insolvência do comprador, cremos que o vendedor continua a poder readquirir a coisa mediante a resolução do contrato e o pagamento do preço, que irá integrar a massa insolvente (68), como se verá de seguida em texto (*infra* n.º 9.1.).

V. Podemos assim concluir que a venda a retro com fins de crédito e garantia, consistindo num importante instrumento de recurso à titularidade de um direito com função de garantia, apesar de ter no seu cerne uma estrutura em parte semelhante a uma estrutura fiduciária (no que toca à transmissão do bem ao creditante com vista a garantir um crédito e que se pretende readquirir), não gera sempre que tenha por objecto imóveis ou móveis sujeitos a registo o mesmo risco fiduciário que a adopção da referida estrutura implica.

Com efeito, o creditado não tem um mero direito de crédito à retransmissão da coisa, logo que tiver cumprido as obrigações garantidas, mas é titular de um direito de resolução que, uma vez exercido, ao contrário do

(67) Repare-se que neste caso não se dá a transmissão do bem (do comprador para o vendedor) por acto do executado, mas do exercício de um direito potestativo por parte de terceiro, o que significa que o art. 819.º não se poderá aplicar [Quanto à inaplicabilidade da regra da ineficácia relativa dos actos praticados sobre os bens penhorados em que o seu titular não intervenha, e sua amplitude, ver: J. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva, depois da reforma*, cit., p. 268; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção executiva singular*, cit., p. 244, ss.; ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *A acção executiva singular, comum e especial*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1977, p. 160 (num sentido mais restritivo, só aceitando como “limitações à regra” da ineficácia relativa a penhora, o arresto e a hipoteca judicial)].

No entanto, como a penhora constitui um verdadeiro direito real de garantia (ou, pelo menos, produz “os efeitos substantivos” deste — M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001 p. 919), prevalece sobre o direito de propriedade adquirido pelo vendedor a retro que exerceu o direito de resolução (que não prejudica, como referimos, os direitos adquiridos por terceiros — art. 435.º, n.º 1), readquirindo o bem, o que significa que esse direito se extingue no caso da sua venda judicial (n.º 2 do art. 824.º), transferindo-se para o produto da venda desse mesmo bem (n.º 3 do art. 824.º), ou melhor, para o que sobrar do produto da venda do bem depois de satisfeito o exequente e os outros credores com preferência sobre o titular do direito que caducou (assim, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. II, cit., p. 97).

(68) Neste sentido, PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4.ª ed., Giuffrè, Milão, 1993 p. 443, nota 10.

regime geral (art. 435.º, n.º 1), nos termos do art. 932.º, afecta mesmo os direitos adquiridos por terceiro. Isto é: dentro do prazo (art. 929.º) em que pode exercer o seu direito de resolução, e desde que o faça observando a forma e os termos da lei (arts. 930.º e 931.º), o vendedor poderá sempre readquirir o bem.

Contudo, quando o negócio tiver por objecto bens móveis não sujeitos a registo, como acabámos de ver, esta figura, tendo embora uma estrutura parcialmente diversa, aproxima-se muito daquela que caracteriza os negócios fiduciários, embora o risco que o vendedor/creditado corre seja, conforme foi visto, mais diminuto.

8. O NÃO EXERCÍCIO PELO VENDEDOR/“CREDITADO/GARANTE” DO DIREITO DE RESOLUÇÃO DENTRO DO PRAZO

I. Como se apontou, a titularidade do comprador é provisória enquanto a outra parte puder exercer o seu direito de resolução, uma vez que se arrisca nesse período de tempo a perdê-la. O mesmo já não sucede quando, decorrido o referido prazo, a resolução já não possa mais vir a ser exercida, firmando-se então, o direito adquirido na esfera do comprador. Se o que as partes pretenderam foi um negócio de crédito e garantia, então, verificando-se este resultado, sempre se poderia afirmar que se atingiria um resultado semelhante ao do pacto comissório.

Efectivamente, tendo em conta o fim de crédito e garantia visado pelas partes, violar-se-á a proibição do pacto comissório, cuja *ratio* impõe a sua extensão à venda a retro concluída com este fim.

Por isso não podemos acompanhar neste ponto Raúl Ventura ⁽⁶⁹⁾ quando afirma que “é mais lógico partir da licitude genérica da venda a retro, já acima referida, para deduzir que o legislador não se impressionou com a possibilidade de ser atingido um resultado semelhante ao do pacto comissório, e isto porque não encarou o mecanismo da venda a retro sob esse prisma”.

É que esta proibição se aplica (*rectius*: é potencialmente aplicável) igualmente à venda a retro apesar de não existir qualquer disposição espe-

(69) RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., p. 646.

cífica do regime desta que o preveja. O que pode significar um obstáculo decisivo à admissibilidade desta figura ⁽⁷⁰⁾.

II. Não é esse, porém, o resultado visado pelas partes. Não é isso que elas pretendem. O que os contraentes têm em vista, a sua finalidade, é simplesmente o fortalecimento da posição do concedente de crédito através da transmissão para a sua esfera de um bem, a retransmitir ao devedor (aqui por força do exercício da resolução) logo que ele restitua o “montante emprestado” (representado pelo preço) ⁽⁷¹⁾.

Por esse motivo, na generalidade dos casos pactuarão que nessa eventualidade o comprador terá que avaliar o bem por terceiro independente, ou então transaccioná-lo no mercado, tendo que restituir à outra parte a diferença entre o valor assim obtido e o preço de compra. Já se viu que a remuneração do vendedor terá que ser obtida, aqui, por uma via diversa não se podendo traduzir, como acontece, p. ex., no reporte entre as diferenças de preço da venda e da revenda.

Se as partes nada acordarem (embora cremos que tal acontecerá na generalidade dos casos), se nada resultar da interpretação do negócio ⁽⁷²⁾, a lógica interna ⁽⁷³⁾ da figura levar-nos-á a detectar uma lacuna a ser preenchida, tendo em conta que a venda representa aqui um negócio indirecto e que os fins das partes são outros ⁽⁷⁴⁾ (repetimos: não a troca de direitos por dinheiro, mas a concessão de crédito garantido pela titularidade do direito transmitido ao credor/comprador), este aspecto não pode deixar de

⁽⁷⁰⁾ Neste sentido, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial*, cit., p. 79. Afirma este Autor: “Apesar da previsão expressa de venda a retro pode questionar-se a sua admissibilidade em face da proibição do pacto comissório ...”.

⁽⁷¹⁾ Como aponta com razão A. PERROT (*La vente à réméré de valeurs mobilières*, cit., p. 32) “le créancier n’est pas forcément un usurier et le débiteur un malheureux”. Em especial, como será o caso na grande parte das vezes, quando o credor seja uma instituição de crédito.

⁽⁷²⁾ E, em caso de dúvida, ainda em sede de interpretação, seria esta a solução que melhor se articula com o objectivo do negócio, com a sua teleologia (ponto destacado entre nós nesta sede por A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, vol. I, *Parte geral*, t. I, cit., p. 766); portanto, de sufragar.

⁽⁷³⁾ A “lógica global” do negócio, na expressão de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, *Parte geral*, t. I, cit., p. 769.

⁽⁷⁴⁾ Como aponta P. PAIS DE VASCONCELOS (*Contratos atípicos*, cit., p. 251): “o fim com que as partes celebraram o contrato não pode deixar de ser relevante na solução das questões suscitadas pelo contrato”.

moldar o seu regime, neste caso por via da integração, através do recurso ao critério do art. 239.º ⁽⁷⁵⁾ ⁽⁷⁶⁾

Donde resultam os referidos deveres de avaliação independente (ou de transacção nas melhores condições no mercado) e de restituição da diferença entre o valor obtido e o preço da venda.

Só desta forma de impede o resultado que a proibição do pacto comissório pretende afastar. E, por isso, não podemos, acompanhar Galvão Telles ⁽⁷⁷⁾, quando este ilustre Autor, depois de ter identificado — correctamente — o perigo de a “transmissão de propriedade”, aqui, poder funcionar como “cláusula comissória, que em caso de não restituição do capital, pelo resgate, permitirá ao mutuante (comprador) reter como seu o objecto, sem avaliação”, acrescenta: “Mas combate-se o perigo decretando, como faz o projecto, que o comprador não poderá ser reembolsado de preço superior ao que pagou nem reclamar qualquer vantagem como paga da revogação.”

No entanto, não é dessa maneira que se obsta ao referido resultado. Assim, p. ex., se um sujeito vende a retro a outro com fim de crédito e garan-

⁽⁷⁵⁾ Cremos mesmo que se não se chegasse a este resultado por via da integração, os referidos deveres de avaliação (ou venda nas melhores condições no mercado) seriam ainda alcançados por imposição da boa fé pós contratual (art. 762.º, n.º 2). Tratar-se-ia de um dever lateral (*rectius*, de deveres laterais) que nasce depois de extintas as obrigações principais decorrentes do contrato, neste caso depois de decorrido o prazo durante o qual o vendedor o pode resolver. Quanto à boa fé pós contratual, ver, em geral, A. MENEZES CORDEIRO, *Da pós-eficácia das obrigações*, in Estudos de direito civil, vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 143, ss.

⁽⁷⁶⁾ Quanto ao “âmbito da vinculação negocial”, ver, entre nós, a desenvolvida e pormenorizada análise de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 40, ss., pp. 43, ss. Como aponta este Autor (*ob. ult. cit.*, p. 40): “É de ter em conta, para este efeito, que as partes estão vinculadas não só às obrigações que expressamente tenham assumido, mas também às que decorram (*implicitamente*, diz-se) da boa fé, da natureza ou finalidade do contrato, do contexto negocial ou de outros factores equivalentes.” (itálico no original).

Em data mais recente, em sentido próximo, acentuando que a finalidade visada pelas partes tem reflexos no próprio conteúdo do negócio, referindo-se a este propósito a uma “elasticidade” ou “capacidade expansiva” do conteúdo contratual, F. BRITO PEREIRA COELHO, *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, cit., pp. 454-455). Aponta-se mesmo, na linha do que se diz em texto, e já defendemos, quanto a esta questão específica, na nossa dissertação de doutoramento (*A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente* cit., em curso de publicação), que “um tal alargamento do conteúdo contratual (...) fundar-se-á numa correcta interpretação e integração contratuais, em conjugação com critérios da boa fé...”. — F. BRITO PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 454 (itálico no original).

⁽⁷⁷⁾ I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., p. 136.

tia uma coisa, por um preço inferior ao seu valor de mercado, na eventualidade de o vendedor não conseguir reunir, dentro do prazo do art. 929.º, a quantia necessária para resolver o contrato, pagando o preço ao comprador, a propriedade da coisa firma-se definitivamente no património deste.

Ora, desta forma, atinge-se mesmo o resultado que a proibição do pacto comissório quer afastar. Isto apesar de se ter respeitado o art. 928.º (que tem como finalidade, segundo nos parece, essencialmente, evitar que por esta via se impeça de facto o vendedor de exercer o seu direito de resolução do contrato).

O que impede este resultado (sempre que estejamos face a uma venda a retro com finalidade de crédito e garantia), sublinhamos, é a existência dos deveres que impendem sobre o comprador/“creditante/garantido”, de avaliação do bem por terceiro independente ou da sua transação no mercado nas melhores condições, assim como da entrega à outra parte da diferença entre desse montante e do preço da venda ⁽⁷⁸⁾.

III. Só se da interpretação do contrato (venda a retro com fins de crédito e garantia, nos termos apontados) resultar que não há qualquer lacuna e que os contraentes pretenderam efectivamente que o vendedor fizesse definitivamente sua a coisa se o vendedor não resolvesse o contrato dentro do prazo fixado, se poderá falar num pacto comissório, atingido, como referimos, necessariamente, pela sua proibição — mesmo nestes casos.

9. A INSOLVÊNCIA

9.1. A declaração de insolvência do comprador (“creditante/garantido”)

I. Na primeira hipótese, estamos face a um contrato de compra e venda que foi já cumprido por ambas as partes: o vendedor já entregou a coisa, e o comprador pagou o preço. Todavia, mantém-se ainda o direito

⁽⁷⁸⁾ Claro está, e neste ponto já acompanhamos I. GALVÃO TELLES, que ao impedir-se que o preço a pagar no caso de resolução pelo vendedor seja superior àquele recebido (bem como, obstando-se à estipulação de cláusulas que impusessem o pagamento de uma quantia de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este como contrapartida da resolução), se facilita a eventual resolução do contrato por parte do vendedor e, portanto, dessa forma, se dificulta a criação de resultados vedados pela proibição do pacto comissório. Todavia, como resulta da exposição em texto, não os impede.

do vendedor de resolver o contrato, cuja fonte é exactamente o referido negócio jurídico.

O novo Código da Insolvência, na linha da sua fonte inspiradora, a *Insolvenzordnung* alemã (InsO) ⁽⁷⁹⁾, contém uma regra geral para os contratos bilaterais (art. 102.º CIRE) não integralmente cumpridos nem pelo insolvente nem pela outra parte, seguida de um conjunto de contratos especialmente regulados ⁽⁸⁰⁾.

Este caso não está abrangido pela regra geral do art. 102.º CIRE, nem as restantes disposições insolvenciais contemplam a referida hipótese ⁽⁸¹⁾. Também não é possível aplicar à venda a retro com função de crédito e garantia qualquer das disposições do Capítulo IV do Título IV do CIRE (“efeitos sobre os negócios em curso”) por analogia.

O regime insolvencial deste contrato terá que ser determinado por outra via, com base nas valorações que atravessam as referidas disposições insolvenciais.

II. Em primeiro lugar, não há razão para entender, em particular atendendo ao elemento sistemático e à defesa dos interesses da massa ⁽⁸²⁾, que o contrato se extingue, o que afectaria apenas a posição do vendedor, não podendo, pois, este, subsequentemente, exercer o direito de resolução, entregando ao administrador o preço que será em seguida integrado na massa insolvente.

O vendedor poderá assim readquirir a coisa mediante a resolução do contrato e o pagamento do preço. Esse montante pecuniário será integrado na a massa insolvente ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ Sobre esta, em geral, ver: REINHARD BORK, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 3.ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2002; OTHMAR JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 21.ª ed., C. H. Beck, Munique, 1999, pp. 173, ss.

⁽⁸⁰⁾ Quanto a estas disposições, em geral, ver: J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Insolvência: efeitos sobre os negócios em curso*, in Themis, 2005, edição especial, Novo direito da Insolvência (coord. J. LEBRE DE FREITAS), pp. 104, ss.; LUÍS CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, vol. I, Quid Juris, Lisboa, 2005, pp. 392, ss.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Código da insolvência e da recuperação de empresas. Anotado*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 128, ss.

⁽⁸¹⁾ Tal como o CPEREF também não o fazia. A anterior lei falencial não previa especificamente esta modalidade de venda; os casos regulados eram diversos (arts. 161.º, n.º 1, 163.º e 164.º CPEREF).

⁽⁸²⁾ Conforme foi referido, *supra*.

⁽⁸³⁾ Neste sentido, P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 443, nota 10; B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, cit., p. 152.

O paralelismo com os outros casos de recurso à titularidade de um direito com função de garantia, em que se permite ao devedor exigir o cumprimento do contrato (art. 104.º, n.ºs 1 e 2, CIRE), com aquisição da coisa (mediante a realização das prestações a que está vinculado), aconselham este resultado.

Acresce ainda que, quando este negócio preencha os requisitos subjectivos e objectivos de aplicação do regime das garantias financeiras, dada a sua proximidade em termos funcionais, e em parte de estrutura, com a “alienação fiduciária em garantia”, se retiram daqui elementos valorativos (dada a especial tutela desta figura em termos insolvenciais) que nos permitem confirmar com especial ênfase e vigor, para estes casos, a solução proposta ⁽⁸⁴⁾.

Repare-se que a massa insolvente não será prejudicada porque, como foi assinalado acima na exposição do regime deste negócio, o vendedor terá que fazer “oferta real” das “importâncias líquidas” constituídas pelo preço, pelas despesas realizadas pelo contrato e outras acessórias, sob pena de a resolução ficar sem efeito (art. 931.º), indo essas quantias, logo que entregues, integrar a referida massa.

9.2. A declaração da insolvência do vendedor (“creditado/garante”)

I. Declarada a insolvência do vendedor (“creditado/garante”), esta hipótese não está também directamente contemplada em nenhuma das hipóteses da lei insolvencial no que toca aos negócios em curso aquando da declaração da insolvência.

II. Das valorações que daí se retiram, não há qualquer razão para entender que o contrato se extingue. Ou seja, no fundo, que o direito de resolução do contrato, que agora caberia ao administrador, se extinguiria.

Ora, mantendo-se o contrato, mantém-se igualmente, o direito de resolução, cujo exercício cabe agora ao administrador. Se este se decidir por o fazer, recupera o bem vendido que será depois integrado na massa insol-

⁽⁸⁴⁾ Sublinhe-se que *não se sustenta* neste ponto uma aplicação analógica dessas disposições: simplesmente procuramos retirar daí elementos de apoio sistemático para a solução que sustentamos e que se encontra *particularmente* amparada quando os requisitos objectivos e subjectivos deste diploma se encontrem preenchidos. Nos outros casos, de todo modo, continua a valer a solução proposta por força do argumento retirado do art. 104.º, n.ºs 1 e 2, CIRE.

vente ⁽⁸⁵⁾. Para tal, nos termos do art. 931.º, terá que fazer ao comprador (“creditante/garantido”) “oferta real” das importâncias líquidas relativas ao preço, das despesas com o contrato e outras acessórias. O que significa que, para que a resolução não fique sem efeito, o administrador terá necessariamente que pagar na integralidade ao comprador a quantia resultante da soma de valores acima referidos ⁽⁸⁶⁾.

O administrador poderá, igualmente, de acordo com a avaliação que faça dos interesses da massa (em particular: o montante a despende e o valor do bem), decidir não exercer esse direito.

Consequentemente, sempre que a venda a retro seja celebrada com finalidade de crédito e garantia, a posição daquele que concede crédito, e que adquire a propriedade da coisa (ou a titularidade de um outro direito), é fortemente tutelada em relação ao conjunto dos credores do insolvente, mesmo os credores titulares de garantias reais ⁽⁸⁷⁾, que se sujeitam a uma eventual insuficiência do produto da liquidação desses bens (objecto dos referidos direitos) para a satisfação integral dos seus créditos.

III. Note-se que, se o administrador optar por não exercer o direito de resolução do contrato, o comprador/“creditante/garantido” manterá naturalmente a propriedade do bem, que, sendo de terceiro, não faz parte, como é claro, da massa insolvente. No entanto, deverá satisfazer-se pelo montante obtido com a sua liquidação (ou avaliação por terceiro independente) e entregar o eventual excesso ao administrador ⁽⁸⁸⁾.

Na verdade, entendemos que naqueles casos em que resulte da interpretação do contrato que as partes pretenderam celebrar uma venda a retro com fim de crédito e garantia, na eventualidade de o vendedor não exercer o seu direito de resolução (ou o administrador, na insolvência deste), para evitar a proibição do pacto comissório, o bem terá que ser avaliado por um terceiro independente das partes (o que não será já necessário

⁽⁸⁵⁾ Cfr. ALBERTO MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 4.ª ed., Cedam, Pádua, 2000 p. 198.

⁽⁸⁶⁾ Sempre que o administrador optar por exercer esse direito, cessa, evidentemente, a — eventual — locação do mesmo bem ao vendedor.

⁽⁸⁷⁾ Apesar da posição reforçada destes na insolvência, que lhes permitirá na maior parte dos casos evitar ou reduzir muito as perdas dos seus créditos face ao insolvente.

⁽⁸⁸⁾ Como resulta dos outros casos em que se recorra à titularidade do direito de propriedade com função de garantia, este instrumento de tutela do credor é integralmente respeitado. Este aspecto será justificado um pouco mais à frente em texto.

quando este tenha um valor seguro de mercado), ou então vendido nas melhores condições no mercado, entregando o comprador à outra parte o excedente relativamente àquilo que o primeiro obteria com a resolução do contrato.

Os deveres de avaliação do bem por terceiro independente (ou da sua venda no mercado nas melhores condições) e de restituição da diferença entre o valor obtido e o preço da venda, impõem-se igualmente na fase insolvencial se o administrador não exercer o seu direito de resolução.

Por conseguinte, aqui também o problema da aplicação da proibição do pacto comissório, cuja razão de ser a faz estender-se, conforme já antes se apontou, à venda a retro com função de crédito e garantia, não se verifica.

A existência dos referidos deveres de liquidação do bem (ou avaliação independente) e de restituição do excedente, sempre que puderem afirmar-se, impedem que se chegue ao resultado vedado pela referida proibição.

O fundamento deste dever (*rectius*, destes deveres: de liquidação ou avaliação independente e de restituição do remanescente), que não decorre como é claro — já vimos — do regime da venda a retro, será (como já apontámos na fase não insolvencial) o próprio contrato, quando as partes assim tenham acordado, ou da integração contratual quando se possa detectar a existência de uma lacuna, o que da interpretação deste negócio de crédito e garantia, atendendo em particular à sua “lógica global” ⁽⁸⁹⁾, acontecerá na maior parte das vezes. Nesse caso, o recurso ao critério do art. 239.º levará à sua afirmação ⁽⁹⁰⁾.

Ora a existência destes deveres, afirmando-se mesmo na fase insolvencial, como cremos correcto, afasta a sombra da proibição do pacto comissório no que toca à venda a retro com fim de crédito e garantia.

10. NOTA CONCLUSIVA

Como acabámos de ver, a venda a retro constitui uma estrutura decorrente do direito civil que pode ser eficazmente utilizada como instrumento

⁽⁸⁹⁾ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, *Parte geral*, t. I, cit., p. 769.

⁽⁹⁰⁾ A sua existência poderia ainda ser fundada na boa fé pós contratual (art. 762.º, n.º 2), conforme foi também apontado.

de concessão de crédito particularmente garantido, porque se recorre à transmissão do direito objecto da garantia da esfera do devedor para o credor.

Ora essa utilização (na posição de compradores — “creditante/garantido”, evidentemente) será realizada em primeira linha por aqueles que são os concedentes de crédito profissionais: as instituições de crédito e, em particular, os bancos. *Profissionalmente*, aliás, só pode ser celebrada por estas ⁽⁹¹⁾.

Portanto, a figura em análise (*rectius*, esta sua modalidade, que é a mais relevante), com as adaptações necessárias à obtenção de uma remuneração por parte do concedente de crédito, sempre que necessárias (e que podem passar, como se viu, pela celebração de um outro contrato coligado à venda a retro), pertence já ao direito bancário.

Com efeito, apesar das cautelas e limitações que o legislador colocou na modelação do seu regime, com vista a evitar a usura, este permite, com as devidas adaptações, o que leva a que se possa falar numa operação negocial mais complexa (que implica, por vezes, a celebração coligada de um outro contrato), atingir de forma muito eficaz, como se procurou demonstrar, os fins de crédito e de garantia (reforçada, porque assente na titularidade do direito por parte do credor) que as partes visam.

Trata-se do aproveitamento de estruturas que, consagradas no direito civil, podem com facilidade ser transpostas para o direito comercial.

Nesse ponto, é de destacar a nossa dívida para com o legislador de 1966 pela consagração de um instrumentário tão rico.

⁽⁹¹⁾ Só as instituições de crédito e sociedades financeiras podem conceder crédito a título profissional — arts. 8.º, n.º 2, e 9.º, n.º 2, do RGICSF (para a noção de concessão de crédito por parte das instituições de crédito, ver: A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit., pp. 786, ss.; AUGUSTO DE ATHAYDE, *Curso de direito bancário*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 276, ss., pp. 283, ss.). Ora, como se demonstrou, esta modalidade da venda a retro é um instrumento de concessão de crédito garantido. As restantes instituições de crédito para além dos bancos só podem efectuar as operações permitidas pelas normas legais e regulamentares que regem a sua actividade — art. 4.º, n.º 2, do RGICSF. Nessa medida, estas operações de concessão de crédito, nos termos do art. 8.º do RGICSF, estarão, essencialmente, reservadas aos bancos.

Dito isto, claro está, e esta observação seria até dispensável, que nada obsta à celebração destes contratos desde que não se trate da concessão profissional de crédito (nos termos do art. 8.º do RGICSF). Assim, um sujeito que para conceder crédito a outro, em vez de recorrer a uma estrutura contratual diferente, como um mútuo garantido, recorre à venda a retro (na posição de comprador).

Supomos que só as dúvidas e interrogações que se levantavam sobre certos pontos de disciplina deste contrato (e a existência de alternativas que permitem preencher, como se viu, funções semelhantes) levaram a que não fosse, como sucede noutros países europeus, celebrado com especial intensidade. Mas cremos também que *hoje* não há motivo para elas se manterem.

Por fim, acabamos a sublinhar o aspecto com que começámos. O legislador português de 1966 consagrou um amplo leque de figuras em que o centro da garantia consiste na propriedade ou na titularidade de um outro direito de forma particularmente generosa no contexto europeu.

Os desenvolvimentos subsequentes como a locação financeira e, mais recentemente, a “alienação fiduciária em garantia”, modalidade dos contratos de garantia financeira (bem como as disposições do novo Código da insolvência), vêm, tão só, reforçar aquele que é um traço marcante do direito nacional e que está hoje na ordem do dia na construção do Direito privado europeu ⁽⁹²⁾.

Porto, Abril de 2007

SIGLAS

BBTC	— Banca, Borsa e Titoli di Credito
Cad.MVM	— Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários
CI	— Contratto e Impresa
CIRE	— Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
DDP	— Digesto delle discipline privatistiche
DJ	— Direito e Justiça
ED	— Enciclopedia del Diritto

⁽⁹²⁾ Basta ver a Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29-6-2000 (que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais), quanto à reserva de propriedade (art. 4.º, n.º 1 — ver, sobre este ponto, ANA CATARINA ROCHA, *A cláusula de reserva de propriedade na Directiva 2000/35/CE do Parlamento europeu e do Conselho sobre medidas de luta de atrasos de pagamento*, RFDUP, 2005, pp. 9, ss., 34, ss.), bem como a Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6-6-2002 [ver, sobre esta, EUGENIO MASTROPAOLO, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)*, RDCom., 2003, pp. 519, ss.], no que toca aos acordos de garantia financeira com transferência de titularidade [arts. 2.º, n.º 1, al. b), e 6.º da Directiva 2002/47/CE], e da — possível — extensão subjectiva do seu campo de aplicação (art. 1.º, n.º 3, da Directiva 2002/47/CE).

EGT	— Enciclopedia Giuridica de G. Treccani
InsO	— Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
NovissDI	— Novissimo Digesto Italiano
Rev. Ban	— Revista da Banca
RDCom.	— Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
RFDUP	— Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
RGICSF	— Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RTDCom	— Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique
RLJ	— Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA	— Revista da Ordem dos Advogados